

desonrado, o mais pervertido, apodrecido por dentro e por fora, ainda é uma maravilhosa criação de Deus, porque traz sempre em si, sem que extinga nunca, a centelha de seu resgate (CANNAT).

Eis porque saímos convencidos de que nos estabelecimentos que visitamos se faz, realmente, a recuperação social dos reclusos.

Agravo no auto do processo

(PREAMBULO E EXCERTOS DE UMA ARGUIÇÃO DE CONCURSO)

LUIZ ANTONIO DA COSTA CARVALHO

Professor Catedrático da Faculdade
Nacional de Direito da Universi-
dade do Brasil.

Li e reli e estudei a Tese e quero dizer inicialmente que gostei do trabalho.

A exposição interessou desde logo porque o assunto escolhido, dos da minha predileção, provocou a minha curiosidade.

Prestou o Candidato, certo, excelente serviço pois que mostrou, sem dúvida, que o *agravo no auto*, do processo atual não é o mesmo *agravo no auto*, do processo das Ordenações e das leis posteriores.

Sua aplicação é mais extensa e sua utilidade é evidente.

Não recuso, portanto, os aplausos que merece, sem privar-me de observar que não estou totalmente de acordo com os seus pontos de vista sendo mesmo certo que, de alguns, e não poucos, divirjo radicalmente.

Diz o ilustre Candidato, na (pág. 11). *Introdução*, quando expõe a orientação que seguiu, o propósito que visou ao tomar para tema do seu estudo esse tão castigado instituto, que "tentou, por parecer-lhe necessário, a *reabilitação*" e acrescenta que fê-lo "contra a possível objeção de que se trataria de *materia de menor relêvo*".

Estou convencido de que o Candidato conseguiu, realmente, o propósito e atingiu, com segurança, persuasão e brilho, a finalidade visada.

Não sei, porém, porque pudesse reear a objeção e isso, pela razão de que o assunto é interessante.

Teve a felicidade de focalizá-lo nos seus aspectos mais curiosos e interessantes revelando estudo e cultura, espírito especulativo e método de exposição, clareza e precisão de linguagem e, mais do que isso, um bom conhecimento do assunto escolhido, em particular, como, em geral, da estrutura do nosso sistema processual.

Não serei, portanto, eu quem objetará a respeito ou negará os encômios que merece pelo que fez, escrevendo sobre assunto tão restrito como tão descuidado na nossa bibliografia especializada e tão mal entendido e explicado por exegetas e aplicadores.

O Candidato alcançou vencer sérias dificuldades conseguindo, como disse, com precisão e graça, o Desembargador AMILCAR DE CASTRO, "tirar leite da pedra".

Devo, para provocar o pronunciamento do brilhante Candidato, mostrar-lhe os pontos de minha divergência com a sua opinião dando as razões e fundamentos da minha.

1 — Diz o Candidato (pág. 15), que *esse agravo*, embora a publicação a do Reg. n.º 737, cuja influência se estendeu aos Códigos Estaduais, *sobreviveu e* continuou sendo aplicado até a promulgação desses Códigos. Sua afirmação se apoia, diz, à sustentação de JOÃO MONTEIRO.

Há equívoco seu e do Mestre: é que o Reg. n.º 737, mandado adotar para as causas cíveis, exceção dos processos especiais, pelo Dec. n.º 763, de 10-9-1890, aboliu expressamente tal agravo. O Reg. foi, até a promulgação dos códigos locais, a lei processual dos Estados. Em Minas Gerais a Lei n.º 72, de 1893, pelo art. 33, aboliu expressamente tal recurso, ao qual os Códigos, exceção do da Paraíba (arts. 1.488, 1.491 e 1.498), não fazem referência.

2 — Diz o Candidato que "a noção que ainda hoje reponta nos comentadores modernos é a de que o *agravo*

no auto não tem a configuração de recurso regular, salientando-se o seu aspecto de *protesto*" (p. 17).

De *protesto* é, realmente, a feição do recurso; protesto denegatório de assentimento à decisão proferida, do qual conhecerá, preliminarmente, o Juízo *ad quem*, na ocasião oportuna.

De tal recurso, que não impede a marcha do feito, só conhecerá o Juízo Superior se, porventura, até lá subir o processo.

3 — A decisão que julga *exceção de incompetência* é interlocutória simples; não põe fim ao processo, por isso que a sua consequência é a remessa do feito ao Juízo competente para que ali a ação prossiga em seus termos regulares (C.P.C. art. 279 parágrafo único) sendo nulos apenas os atos decisórios. Se, porventura, tal decisão pusesse termo ao processo, ainda assim a afirmação (pág. 28) estaria errada: o recurso seria o *agravo de petição* (art. 846) e não o de *instrumento*. Em contradição, portanto, com a afirmação da pág.-27, n.º 20 letra *a*.

Importa considerar que as questões de *incompetência* resolvem-se: pelas *exceções*, mandando-se, quando procedentes, os autos ao Juiz competente, (art. 279 parágrafo único) e pela *prorrogação* da jurisdição quando não impugnada. (art. 148, I). Incompetência relativa, já se vê.

O agravo no auto de decisões que julgam improcedentes exceções de litispendência e coisa julgada destinase a assegurar ao réu excipiente o direito de renová-la, como defesa, na contestação como no recurso, seja de apelação, seja o extraordinário. E é precisamente um caso dêsse que mostra o caráter de "protesto", ou de "ressalva", que reveste o agravo no auto.

4 — Para o brilhante Candidato é nas hipóteses do n.º II, do art. 851, que o agravo no auto adquire maior relevo e oferece, ao mesmo tempo, maiores dificuldades.

Expõe bem, é certo, as hipóteses nos termos em que a lei as colocou, mas, nem por isso, merece aplausos a iniciativa do Legislador.

Inadmissão de prova e cerceamento de defesa são aspectos importantes, graves e sérios que não podem ficar à mercê do arbitrio: — *defesa* é de justiça eterna e, por essa razão, de ordem pública, não deve ser impossibilitada ou dificultada sem grave dano para a parte e a defesa implica a produção da *prova*, sem a qual, em termos, não será possível a demonstração do direito postulado. Razão tem, pois, AFONSO FRAGA quando sustenta que “não é o agravo no auto do processo, remédio de ação fraca e tardia, o recurso próprio para reparar os danos causados pelo cerceamento da defesa do interessado, mas o *agravo de instrumento*. Entre um retardamento relativo da marcha da ação — que, aliás, não se daria pelo agravo de instrumento — e o sacrifício do direito do cidadão que pleiteia, não há hesitar.

5 — Do art. 851 n.º IV se deduz que do *despacho saneador* resultam duas situações: a) julga *não saneado* pronunciando nulidades: b) *supre as nulidades*. No primeiro caso o recurso é de agravo de petição e no segundo de agravo no auto.

FRAGA anota o ilogismo manifesto: ao autor dá a lei remédio eficiente — agravo de petição — e ao réu uma providência inânime, atentando contra a igualdade jurídica que informa o processo.

6 — Está dito que “a lei sendo expressa no tocante aos efeitos dos recursos em geral, *silenciou*, inexplicavelmente, quanto ao agravo no auto”.

Não é exato. O entendimento certo está implícito. É um recurso subordinado com a significação de queixa, de protesto, do qual só conhece o Juízo *ad quem* em caso de apelação. E o próprio candidato assim reconhece. (n.º 37).

Se sempre considere o agravo de instrumento ineficiente porque *não suspensivo*, com maioria de razão assim considero o agravo no auto.

Aquêle, de decisão mais rápida, não satisfaz, muitas vezes, porque impede a marcha do mal, da moléstia que reclama a aplicação do remédio. Muito menos este, de ação simplesmente paliativa, incerta e duvidosa.

7 — Percebe-se da exposição do Candidato (n.º 42-A) que entende êle ser necessária, apenas a *fundamentação* quando o recurso seja interposto *por petição*.

Se a lei (art. 852), exige a *fundamentação* do recurso quando manifestado por petição na qual se mencionem as razões da ilegalidade, é claro que quando, por estar presente o Juiz, o recurso é interposto *verbalmente*, do termo, a que se reduzirá, deverá constar a monção á decisão agravada e ás razões de sua ilegalidade.

Não é possível entender-se que, manifestado o recurso *por petição*, deva o agravante fundamentar deixando de fazê-lo quando manifeste verbalmente e isso porque para recorrer é indispensável mencionar a decisão recorrida e as razões da ilegalidade.

A lei não distingue — e bem ao contrário disso — não sendo lícito ao interprete distinguir (art. 852). A comissão da nulidade pela falta do *termo* a que o recurso *deve ser reduzido*, seja êle interposto *verbalmente* ou *por petição* está implícita. Diz a lei que o *agravo será reduzido a termo* — formalidade que é substancial para a sua formalização — e assim condicionou a validade da interposição á assinatura dêle no prazo legal. Essa é a orientação domi-

nante na jurisprudência e seguida invariavelmente na prática em que possa pesar as valiosas e ponderáveis razões em contrário.

É a data do termo — que é indispensável — que assinala a tempestividade, ou não, da interposição do agravo e se acontece admitir o Juiz que não se tome por termo o agravo interpôsto por petição é da data do seu despacho que se conta o prazo para a fixação do seu término.

Sou dos que entendem que satisfeito o fim da lei sem prejuízo da parte nulidade não há. A lei, é certo, não **comina** nulidade para o caso de faltar o termo de agravo e assim caberia invocar o texto do art. 273 n.º I. A maioria, porém, dos exegetas não entende assim e parece que, realmente, com esta está a razão. É expresso e indubitativo o texto do art. 852, depreendendo-se que, seja interposto por petição ou verbalmente, o agravo no auto *deve ser reduzido a termo*. Não distingue a lei entre uma e outra forma de interposição, de modo que a *redução a termo* quis o legislador que se fizesse sempre.

8 — Pergunta o Candidato se interposto o agravo no auto pode o Juiz, em primeira instância, considerar a matéria e reconsiderar a decisão agravada e diz que há duas correntes uma aceitando e outra recusando a hipótese.

Para os primeiros, segundo êle, nada impede que o Juiz emende o erro porque a reforma é da índole dos agravos e para os segundos por entenderem que ocorreu a *preclusão* não sendo lícito ao Juiz decidir novamente questão já decidida.

E acrescenta que o agravo no auto não se dirige ao juiz, autor do despacho, mas à instância superior.

Ora, evidente o equivoco do candidato.

Todos os recursos são dirigidos à instância superior. Afora o pedido de reconsideração, que não é recurso, —

e não só o agravo no auto — é dirigido ao juiz, autor do despacho ou decisão, mas endereçado ao tribunal. O agravo no auto, como os de petição e de instrumento, contém implícito o pedido ao Juiz e é característica sua a possibilidade de reforma do recorrido pelo Juiz. Essa a razão maior porque não admito que se dê agravo de *sentenças definitivas* porque uma vez publicadas não podem ser alteradas: terminada fica a jurisdição do Juiz.

O de que se deve cogitar é de “conhecimento do agravo pelo Juiz” para reforma-lo, ou não. Assim sendo a situação é diversa da que o candidato refere: conhecimento *ex-officio*.

Pergunta-se: Pode o Juiz, em virtude da interposição do agravo no auto, nos casos do art. 851, reformar, modificar, corrigir, cancelar seu despacho?

Respondo pela afirmativa e, salvo má compreensão minha, pela negativa resolve o Candidato, sem procedência, *data venia*, porque a revogabilidade do despacho ou decisão agravada (salvo sendo *definitiva*) é da índole e da essência do recurso e sua característica está, principalmente, na possibilidade do Juiz reformar a própria decisão. E isso é o que se discute, isso é o que se quer saber porque é o que a Lei admite expressamente quanto aos agravos de petição (art. 847), e de instrumento (art. 845, § 5.º) e implicitamente, quanto ao agravo no auto do processo.

Os argumentos da Tese não convencem e não procedem.

De fato, podendo o Juiz reconsiderar seus atos que não precluíram e sendo o agravo meio de pedir reforma ou reconsideração para que o ato não preclua, parece ser possível a reconsideração de tais atos. Tal, porém, só pode dar-se, mediante o agravo, nos seguintes casos: — a) quando antes do saneador, lhe sejam conclusos os autos para

qualquer efeito; — b) no despacho saneador, se o agravo é anterior; — c) na sentença, como preliminar. Só na hipótese de não reconsideração nos momentos indicados será lícito ao Tribunal conhecer do agravo se os autos lhe forem em grau de apelação. Parecem valiosos os argumentos a respeito e, aliás, o entendimento dos Tribunais tem oscilado n'um e n'outro sentido. Só no caso de *sentenças definitivas*, depois de interposta *apelação*, que devolve à superior instância o conhecimento da causa, não poderá o Juiz inovar no processo (art. 831).

9 — O agravo, uma vez interpôsto, impede a *preclusão*, que só se dá quando transita em julgado a decisão, mas o seu conhecimento não se devolve logo ao Tribunal; fica em *suspensão*, podendo, por isso, ser reconsiderado pelo Juiz. E pode acontecer que, não obstante a sua pretensão e suposta *autonomia*, não seja julgado, perca sua razão de ser, por não ter havido recurso de apelação ao qual adere e do qual depende.

10 — O Tribunal, antes de tratar da *apelação* deverá julgar o agravo no auto, como manda a lei, não havendo contestar, como faz o Candidato, que o agravo no auto seja um recurso *subordinado*. Recurso *autônomo* é aquêlê que interposto segue seu curso em busca do seu fim, com suspensão, ou não, da marcha do feito. O agravo no auto é manifestado, fica paralisado, sem nenhuma influência imediata, até que, se houver, afinal, *apelação*, seja levado ao conhecimento do Juízo *ad quem*, que dêle, então, conhecerá, como preliminar do recurso principal. Se êste não fôr manifestado e, após a publicação da sentença, os autos da ação morrerem em cartório nunca do agravo no auto será tomado conhecimento. Logo, a *autonomia* dêsse recurso é um mito.

11— Entende o Candidato a possibilidade de interposição do agravo no auto nos processos cuja sentença final seja *agrável* e não *apelável*.

Discordo. Quisesse a lei que o agravo no auto pudesse ser conhecido pelo Tribunal em outros casos que não seja o de subirem os autos em grau de *apelação* teria dito, nestes termos, por exemplo: "*por ocasião do julgamento do recurso principal*".

Essa dúvida não é atual, nem nova, porque mesmo ao tempo da vigência das Ordenações já ela surgira e vários praxistas versaram-na. O certo, porém, é que a norma geral seguida foi sempre a de se conhecer do *agravo no auto* quando o feito subisse por *apelação*. E isso é aliás, da tradição do recurso, segundo o ensino de OLIVEIRA MACHADO.

Se a lei quisesse teria dito assim, como fêz, aliás, o Código de Processo Civil do Estado da Paraíba, art. 1.498: — "conhecerá o Juiz Superior quando os autos a êle subirem por *apelação* ou por agravo de petição ou instrumento". Não o disse, porém, de modo que se tem de entender nos termos, em que está e que, aliás, são confirmados pelos arts. 876 e 878 do Código Nacional.

Não se pode mesmo, como quer o Candidato, que se entenda como "mera impropriedade" de expressão o vocabulo "*apelação*" usado pelo Código.

Ora, não há nenhuma impropriedade e basta ler o art. 852 combinado com os arts. 875 e § 1.º 876 e § 1.º do Código para convencer de que quando de *apelação* o recurso principal é possível admitir o agravo no auto.

É bem considerar que "o que não penetrou no trato da lei por meio da palavra escrita, não é lei", mesmo porque "lei não é o que o legislador teria querido exprimir;

mas tão somente aquilo que realmente exprimiu, isto é, aquilo, precisamente, que na lei aparece objetivamente querido". (FERRARA).

12 — Embora de caráter amplo e geral não se aplicam aos agravos no auto do processo, como quer o candidato, os dispositivos dos arts. 849 e 870 e parágrafo único, combinados, do Código.

O agravo no auto, que se manifesta com a significação de protesto denegatório do assentimento da parte à decisão proferida, "não constitui, já foi dito e repetido, um recurso propriamente dito", não estando, por isso, sujeito ao preparo, nem à *deserção*. *Preparo*, para seu julgamento como *preliminar* da apelação, (art. 876), é o dêste recurso tanto em primeira como em segunda instância. E *deserção* não se dá senão quando *deserto* o recurso principal. (Arts. 829 e 870, parágrafo único). Essa a regra, ou a norma que invariavelmente vem sendo seguida no Fôro Carioca e, possivelmente, no dos Estados.

O agravo no auto, não é demais repetir, não é independente como os de petição e de instrumento. Sobe ao Tribunal com a apelação da qual depende e assim o seu registro e preparo é o da apelação.

Tal agravo não aparece autonomamente e só é considerado quando apresentada a apelação para julgamento. Sua existência é até então desconhecida.

Admitindo-se, como eu admito, porque a lei não distingue — "a fim de que êle conheça, como preliminar, por ocasião do julgamento da apelação — que o agravo no auto possa ser julgado quando os autos subam em grau de apelação interposta pelo agravado e não só pelo agravante, claro que não lhe pode aproveitar o *preparo* feito pela parte contra a qual foi êle manifestado ou interposto.

13 — O ilustre Candidato invoca e refere (pág. 8) opiniões minhas depreciativas do *agravo no auto do pro-*

cesso e por mim emitidas às págs. 291 e 292 do meu "O Espírito do Código de Processo Civil".

Preciso explicar e esclarecer dizendo inicialmente que: já em 1941, quando defendi essa Tese em concurso que me deu a Cátedra, minha opinião estava modificada. Na 3.ª edição do 4.º vol. do meu "Curso de Direito Judiciário Civil", eu digo o seguinte:

"Conformado com o sistema processual vigente e, embora sem lhe ser inteiramente simpático, interessado na sua aplicação tão exata quando possível, por força mesmo da minha qualidade, não poderia deixar de modificar, quando a êsse como quanto a outros institutos, a opinião que, de início, expendera.

Repito: inútil, excrecente, desnecessário, sem explicação aceitável, talvez, no sistema tradicional, o agravo no auto do processo, é, entretanto, no sistema vigente, um elemento indispensável e de inegável utilidade pela razão maior, além de outras evidente e óbvias, de que, sem prejudicar a *concentração*, abranda certo rigorismo e corrige certos inconvenientes do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, o qual deve ser entendido e aplicado em bem da ordenação processual e sem detrimento do direito de defesa".